

DERECHO SANCIONADOR EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: CONSIDERACIONES GENERALES

Vicente José Martínez Pardo

Secretario Judicial. Doctor en Derecho
Profesor Asociado Derecho Procesal
Universitat de Valencia

Podemos denominar el derecho sancionador de extranjería, siguiendo a FERNÁNDEZ ROZAS¹, como “*el conjunto de actos administrativos reguladores de las infracciones y sanciones que en el ámbito de la extranjería están sometidos a los principios y seguridades que tutelan la potestad sancionadora de la Administración como los de legalidad, respeto a la jerarquía y tipicidad*”. El objeto de este estudio se ciñe a los principios generales que informan el derecho sancionador de extranjería que establece las infracciones, sanciones y procedimiento administrativo “en materia de extranjería”².

Hay que partir del artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dedicado a la tutela judicial efectiva de extranjeros, en sus apartados 2 y 3 se ocupa de cuales son las garantías del procedimiento administrativo así como la legitimación tanto en vía administrativa como jurisdiccional. En relación con el primer aspecto, que es el que nos interesa en este apartado, el artículo 20.1 LO 4/2000 señala: “*Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones...*”.

El requisito procedimental para la adopción de cuantas decisiones procedan en el ámbito sancionador de extranjería no resulta ninguna novedad, por cuanto tal exigencia se deduce del mandato constitucional contenido en el artículo 105.c) CE que impone la regulación legal, así como el seguimiento del “*procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos*”.

¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. I, 1998, pág. 33.

² Para un estudio detallado sobre el procedimiento sancionador de extranjería, ver: DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*, en “Comentario sistemático a la Ley de Extranjería”, dir. MERCEDES MOYA, cit., págs. 835 a 907; CALVO ROJAS, E., *El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares*, en “Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, págs. 177 a 212; ALONSO PÉREZ, F., *Tipificación de las infracciones administrativas en la nueva Ley de Extranjería*, La Ley núm. 5498, de 8 de marzo de 2002.

La primera cuestión que debemos determinar es la normativa aplicable a esta materia sancionadora; y es obvio que en primer lugar se aplican las disposiciones del Título III de la LO 4/2000 (“De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”) que tras la reforma operada por la LO 8/2000 queda integrada por los artículos 50 a 66, y por su desarrollo reglamentario por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, que lo regula en los artículos 112 a 147. Además, puesto que la legislación de extranjería no regula un procedimiento sancionador específico, resultan de aplicación las disposiciones sobre la potestad sancionadora previstas en el Título IX de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común modificada por Ley 4/1999 (artículos 127 a 138) y en el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto³.

Por otra parte, las remisiones que hace la Ley Orgánica 4/2000 para definir e integrar algunos de los tipos infractores que en ella se contienen nos obliga a tener presentes también otras normas, como la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la seguridad ciudadana, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como el Código Penal y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen⁴.

La legislación sobre extranjería es una normativa administrativa que regula la entrada y salida, las situaciones, la integración y los derechos de los extranjeros en España. En consecuencia se halla sometido, como toda la actividad de las Administraciones públicas, a los mismos principios que cuando se trata de ejercitar la potestad sancionadora por la Administración pública. Los principios que deben regir dicha potestad sancionadora, su tipificación y su ejecución los encontramos en la Ley 30/1992 y el Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993. El estudio en profundidad de estos principios excedería del presente, por lo que, con brevedad, enunciaremos cada uno de los principios informadores del derecho administrativo sancionador, todos ellos plenamente aplicables al ámbito de la extranjería:

A) El principio de legalidad: Reserva legal y tipificación. El artículo 25.1 CE establece el principio, en virtud del cual la potestad sancionadora se ejercerá cuando haya sido expresamente

³ Así lo dispone el artículo 112, 1 y 4 del Reglamento de ejecución, aprobado por RD 2393/2004.

⁴ El artículo 112, 3 del Reglamento de extranjería establece la normativa aplicable en el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en la LO 4/2000: “...cuando se trata de los supuestos calificados como infracciones leve del artículo 52, c, grave del artículo 53, b, cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y muy grave del artículo 54, 1,d, de la citada Ley Orgánica, el procedimiento aplicable será el previsto en los artículos 148 y 149 de este Reglamento.”. En concreto, el artículo 149.1 del Reglamento establece: “Las infracciones tipificadas en los artículos 52.c) y 53.b), cuando se trata de trabajadores por cuenta propia, y 54.1,d) de la LO 4/2000, serán sancionadas de conformidad con el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social, y por lo dispuesto en este artículo”. Correspondiendo la tramitación de los expedientes sancionadores a las Jefaturas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que los tramitarán conforme al Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

prevista en una norma con rango de Ley. La LO 4/2000 y sus reformas posteriores así lo prevén en el art. 50⁵. En virtud de dicho principio queda prohibida la punibilidad de una acción u omisión si no se cumplen tres requisitos básicos: *lex scripta* (reserva de ley), *lex previa* (irretroactividad) y *lex certa* (mandato de tipificación)⁶. Los mandatos de reserva legal (definición de las infracciones y sanciones en norma con rango de ley), de tipificación (precisa definición de la conducta infractora) y de irretroactividad (solo serán las disposiciones sancionadoras posteriores o que estén vigentes en el momento de producirse los hechos) son las tres manifestaciones específicas del principio de legalidad. Las infracciones al régimen de extranjería se tipifican en los supuestos previstos en los artículos 52 (infracciones leves), artículo 53 (graves) y artículo 54 (muy graves), todos de la LO 4/2000. El Reglamento nunca podrá establecer sanciones no contempladas en la Ley ni las sanciones podrán ser aplicadas analógicamente.

b) Principio de responsabilidad. Este principio es reflejo del principio de culpabilidad en el ámbito penal y supone que únicamente podrán ser sancionados con las penas previstas en las normas sancionadoras del régimen de extranjería aquellas personas (nacionales o extranjeros, residentes o no residentes) a quienes se pueda imputar una conducta dolosa o culposa cuyo resultado sea la vulneración de una norma administrativa o penal. Esta formulación enlaza de forma directa con el principio de presunción de inocencia, que le sirve de base; al igual que los españoles, los extranjeros gozan en todo procedimiento sancionador del principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 24 CE, lo que significa que para que exista una declaración de responsabilidad es necesaria una mínima actividad probatoria por parte de la Administración que pueda fundamentar un juicio de culpabilidad.

c) El principio de proporcionalidad. El grado de responsabilidad será diferente en función de la concurrencia de determinados factores, como la intencionalidad o no del sujeto, reincidencia, gravedad del hecho y sanción impuesta. El establecimiento de la LO 4/2000 y reformas posteriores de instrumentos como la graduación de las infracciones y sanciones, la implantación de la multa como instrumento sancionador, la relegación de la sanción de expulsión a los supuestos graves o muy graves, y las posibilidades previstas en los apartados 3 y 4 del artículo 55 LO 4/2000⁷, son herramientas importantes para una mejor aplicación del principio de proporcionalidad.

⁵ El artículo 50 LO 4/2000 establece: “*El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas en la presente Ley orgánica, se ajustará a lo dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”.

⁶ La STC 133/1987, de 21 de julio (RTC 1987, 133), establece tres exigencias: “*la existencia de una ley; que la ley sea anterior al hecho sancionado, y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado*”.

⁷ Establece el artículo 55 de la LO 4/2000, tras la reforma por LO 14/2003, en sus apartados 3 y 4: “*3. Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. 4. Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor*”.

d) *El principio "non bis in idem"*. En una primera aproximación puede decirse que en virtud de este principio nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho, y lleva como consecuencia que si se persigue el hecho como delito, no puede a su vez tratar de sancionarse por vía administrativa. Se trata de un principio general del Derecho, de aplicación a todos los ámbitos jurídicos en los que se desarrolle un poder sancionador, y por lo tanto hemos de referirla a los campos del Derecho Penal y del Derecho administrativo sancionador. Este principio general está relacionado con el de cosa juzgada y con el de seguridad jurídica, pero ello no impide que tanto el orden penal como el administrativo sancionador puedan tipificar como infracción un mismo hecho.

La doctrina⁸ da un concepto del principio *non bis in idem* como: principio general del Derecho que, con base en los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento, y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración respecto al sujeto en cuestión⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico no está expresamente reconocido este principio. En la Constitución Española puede considerarse que está integrado, de modo implícito, en el artículo 25.1 que establece: "*nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituya delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*", por lo que ha llegado a configurarse como un derecho fundamental del sancionado¹⁰. En esencia, este principio prohíbe que una persona pueda ser condenada o sancionada doblemente por unos mismos hechos, y tiene un campo de aplicación importante en los supuestos en los que el ordenamientos jurídico admite la posibilidad de un doble tipo de sanciones, administrativas y penales, para determinadas conductas, lo que sucede cuando éstas están especialmente previstas en la ley penal y, al propio tiempo, en el Derecho administrativo sancionador, en este caso, en materia de extranjería. En el procedimiento administrativo sancionador queda consagrado el principio *non bis in idem* en el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, en el que se dice que "*no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento*"; en definitiva, proscribida la posibilidad de imponer una múltiple sanción, derivada de sendos procedimientos entre los que se aprecie una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, siendo indiferente que los procedimientos sean de idéntica o distinta naturaleza (administrativa o penal).

A pesar de esta claridad conceptual, su aplicación práctica es compleja en materia de extranjería, por cuanto la actual LO 4/2000, tras la reforma por LO 8/2000 y LO 11/2003, instaura

⁸ DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pág. 111.

⁹ Sobre el principio *non bis in idem* ver: NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*. Colex. Madrid, págs. 70 y ss.; ROMAN PUERTA, L., *Duplicidad sancionadora administrativa y penal "non bis in idem"*, en "Extranjeros y Derecho Penal". Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 2003, págs. 37 a 63.

¹⁰ STC 2/1981, de 26 de enero (RTC 1981, 2); STC 154/1990, de 15 de octubre, (RTC 1990, 154).

una serie de preceptos que ofrecen serias dificultades para la aplicación de este principio, como veremos.

La LO 4/2000, en su redacción originaria, recogía el principio *non bis in idem* en el artículo 57.3 de la Ley, al establecer: *“en ningún caso podrá imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa”*¹¹. La reforma introducida por LO 8/2000 reinstaura a través del artículo 57.2 la posibilidad de ser castigado dos veces por el mismo hecho al poder ser causa de expulsión el haber sido condenado por una conducta dolosa sancionada con pena privativa de libertad superior a un año¹². A este respecto se planteó el problema de la aplicación del apartado 2, del artículo 57, relativo a la expulsión de los extranjeros fuera del territorio nacional. Con relación a este problema, expone CONDE-PUMPIDO TOURÓN¹³ el supuesto de la expulsión fundada exclusivamente en el hecho que originó el procedimiento penal, y dice que *“ la cuestión más relevante es la de si el Juez de Instrucción puede autorizar la expulsión cuando ésta se solicita haciendo figurar como causa de la misma los propios hechos que han dado lugar al proceso penal”*, y sostiene que *“ es claro que no, pues con ello se vulneraría el principio de presunción de inocencia y el “non bis in idem”, porque, estando en curso el proceso penal, la Administración no puede seguir otro procedimiento sancionador por los mismos hechos y debe paralizarlo en virtud del principio de primacía de la Jurisdicción sobre la Administración”*¹⁴. Si estimamos que debe darse la negativa del Juez a autorizar la expulsión del extranjero encartado en determinados delitos, se puede plantear otra problemática de distinta naturaleza, expuesta por algún sector de la doctrina¹⁵: Al extranjero en situación ilegal en España, susceptible de expulsión gubernativa le puede resultar ventajosa la perpetración de algún delito menor para sustraerse a la inmediatez de aquélla, amparándose en la necesaria autorización

¹¹ La STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2º, (RTC 1991, 234) ha fijado los presupuestos para que opere el principio *non bis in idem*, declarando al respecto: *“para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisibles es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado. Para determinar si existe una identidad de fundamento habrá que tener en cuenta si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resulta heterogéneos, por lo que en dicho supuesto habrá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, no procederá la doble punición aunque las normas jurídicas vulneradas sean distintas”*.

¹² La LO de Extranjería de 1985 tipificaba en su artículo 26, b) las conductas que ahora se tipifican en el actual artículo 57.2 LO 8/2000, que establece: *“Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”*.

¹³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Tratado práctico de los Procesos de Extranjería*, Bosch. Madrid. Tomo III, pág. 2441.

¹⁴ En tal sentido STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, de 17 de noviembre de 1998, FJ.3º (Rec. 2/1996, La Ley Juris 1862/1999), establece: *“Si concurrieran simultáneamente un proceso penal y otro administrativo sancionador, debe reconocerse la prevalencia del penal, por lo que el administrativo sancionador deberá suspenderse”*.

¹⁵ THOMAS ANDREU, G., *La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva del cumplimiento de penas impuestas en sentencia firme*. En “Extranjeros”. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 1994, pág. 95.

del juez que conozca de la causa a que dé lugar dicho delito, para tener una suerte de permanencia “autorizada” en el territorio español. Esto no era una hipótesis, sino una realidad en nuestra práctica jurisdiccional.

Para evitar esta problemática se ha aprobado la LO 11/2003, que establece los cauces legales necesarios para permitir que el Juez penal acuerde la expulsión de un extranjero no residente como sustitutivo de la pena impuesta en un proceso penal (artículo 89 CP), y tratando de lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal (artículo 57.4 LO 4/2000, reformado) así como permitiendo que para el supuesto de que los extranjeros se encuentren sujetos a uno o varios procesos penales, si existe orden de expulsión dictada, se autorice judicialmente la misma (artículo 57.7 LO 4/2000, reformado) estableciendo, además, un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello.

También la Fiscalía General del Estado se hace eco de las posibles interferencias entre el procedimiento administrativo sancionador y procedimiento penal, infringiendo el principio *non bis in idem*. En este sentido, la Circular num. 1/2002, de 19 de febrero, insiste en la existencia, tras la reforma por LO 8/2000, de algunas coincidencias, inevitables, entre conductas calificadas como infracciones en la Ley de Extranjería y conductas tipificadas como delito en el Código Penal, por ejemplo en delitos de traición o de inmigración clandestina. En estos casos, la propia ley resuelve la dualidad y apostilla “*siempre que el hecho no constituya delito*”. En el resto será necesario acudir al principio constitucional de *non bis in idem*, recogido expresamente en el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración. Evidentemente, en los casos en que la conducta del extranjero por la que se haya incoado el procedimiento administrativo sancionador pueda ser constitutiva de delito, la preferencia del procedimiento penal es indiscutible, y así se expresa el artículo 7 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aprobado por Real Decreto 1398/1993: “*En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación*”. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se esté desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, podrán solicitar del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas¹⁶. Si los hechos presentan características de infracción penal, procede, por tanto, la paralización del procedimiento administrativo en tanto se sustancia el procedimiento penal.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en Sentencia 2/2003¹⁷, al afirmar: “*Este Tribunal ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal o procesal de este principio que, de conformidad, con la STC 77/1983, de 3 de octubre, se concreta en la regla de la preferencia, o*

¹⁶ Establece el artículo 7.2 del Reglamento de Procedimiento Sancionador: “*Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordar su suspensión hasta que recaiga resolución judicial*”.

¹⁷ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, (RTC 2003, 2).

precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal”.

Si, acabada la instrucción en el procedimiento penal se dictara auto de archivo o sobreseimiento, deberá la autoridad judicial comunicarlo a la autoridad gubernativa a los efectos de continuación del procedimiento sancionador si procediera, puesto que con absoluto respeto al principio *non bis in idem*, sí pueden darse supuestos de compatibilidad entre la licitud penal y la ilicitud administrativa de unos mismos hechos¹⁸.

En el caso de que el procedimiento penal concluyera con la condena del extranjero, la adopción de la decisión de expulsión dependerá de la aplicación por el Juez de la medida prevista en el artículo 89 CP o en su caso, si tal medida no se adoptara y la condena fuera superior al año, la incoación de un nuevo expediente administrativo para proceder a la expulsión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 LO 4/2000.

¹⁸ STC 77/1983 y ATC 335/1991.